# كلية القانون جامعة أهل البيت

# المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر

# الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة أهل البيت عليهم السلام


**الباحث**

**ا. د علي شاكر عبد القادر البدري**

تعد نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون ، واهم نظرياتها ، وكما نعلم ان مصـادر الالتزام الاربعة بينت في مسـودة جسـتنيان وهي كل من العقد وشــبه العقد والجريمة وشــبه الجريمة ، ولكن إزاء التطور الفقهي ابتدع الفقيه الروماني (مودســتان ) القانون كمصــدر خامس للالتزام .

وكما هو معروف ان تقنينين نابليون نقل هذه المصـادر من الفقه الروماني دون اي تغيير ،وإزاء التطور القانوني اضـيف الارادة المنفردة كمصدر جديد للالتزام ، وابدل تسمية الجريمة وشبه الجريمة للعمل غير المشروع ، واطلق على شبه العقد الكسب دون سبب .

ان الفقه القانوني يرى انه يســتعصــي على الالتزام- التجديدات المتهورة -، ووجدت فكرة جديدة ان الحكم القضــائي والقرار الاداري كمصدرين جديدين للالتزام فسنناقش هذه الفكرة في الحكم القضائي تاركين القرار الاداري لبحث قادم ان شاء الله .

ان القضـاء كما هو معلوم يحمي الحقوق وليس ينشـئها ، فالأصـل ان الحكم القضـائي يكون كاشـفا للحق لا منشـئا له، والحقيقة ان وظيفة القضــاء هو اقامة العدل في النزاع المعروض عليه ، ولكن وجدت ان فكرة الحكم القضــائي يصــلح ان يكون مصــدرا للالتزام مثله مثل المصادر الاخرى المعروفة، وان القانون هو من يعطي هذا الحكم القضائي قوة انشاء الالتزام .

ان القضاء له سلطة تعديل العقد بموجب سلطته التقديرية فانه يقوم بموجب تفويض من القانون بانقضاء التزامات وانشاء التزامات اخرى جديدة تحل محلها مصــدرها حكم القاضــي ، وهذا التجديد هو تجديد ضــروري يقابل التجديد الاتفاقي الذي ندرســه في انقضــاء الالتزامات .

والتجديد بشـكل مختصـر هي حلول امر محل امر آخر ، وفي الالتزام حلول التزام محل التزام آخر ،لذا لابد من بيان التجديد الضـروري وسنقسم هذا المبحث الى مبحثين نبين في اولهما مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ونكرس في المبحث الثاني مناقشة الفكرة.

**المبحث الاول**

**مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام**

سـنبين في هذا المبحث فكرة الفقيه الدكتور سـمير تناغو، فسـنقسـم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب سـنتناول في المطلب الاول التجديد الضـروري ، ونكرس في المطلب الثاني الحكم مصدر للالتزام، ونبين في المطلب الثالث تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره،

المطلب الاول

**التجديد الضروري**

سـنقسـم هذا المطلب الى فرعين نتناول في اولهما التجديد الضـروري في القانون الروماني واثره في القوانين الحديثة ، ونتناول في ثانيهما التجديد الضروري في القانون الحديث .

**الفرع الاول**

**التجديد الضروري في القانون الروماني**

سـنقسـم هذا الفرع على فقرتين نتناول في اولها التجديد الضـروري في القانون الروماني ، ونبين في ثانيها اثر التجديد الضـروري على القانون الحديث .

**اولا:- التجديد الضروري في القانون الروماني**

هناك اقوال عدة ما بين الحق والدعوى ، والذي يهمنا في حالة وجود نزاع قضـائي ، هل يوجد تجديد فيه ، التجديد عموما هو حلول امر محل امر آخر ، والحلول كانقضـاء الالتزام ليس جوهر موضـوعنا ، فالتجديد هنا ضـروري يحدث اثناء نظر الدعوى ، فالخصـومة تجديد للحق المتنازع عليه ، فما تطلبه قبل القضاء شيء وما يحكم بعد نظر الدعوى شيئا اخر ، فما حدث هو تجديد ضروري[1] .

ان الخصـومة امام القضـاء تنشـأ انقضـاء للحق الاصـلي ونشـوء التزام اخر جديد، فما يحدث هو تجديد للحق المتنازع عليه ، فما كانا متنازعا عليه شـيء وما تم الحكم به شـيء آخر ، وان الحق الذي ينشـأ( الحق الجديد )، حق ذو طبيعة واحدة وهو حق شـخصـي بصـرف النظر عن الحق المتنازع عليه سواء كان حقا شخصيا او حقا عينيا ، وكذلك ان الحق الجديد نقدي ومعلق على شرط وهوان يلتزم المدعى عليه بدفع المبلغ النقدي اذا تحققت الشروط الواردة في صياغة الدعوى .

في التجديد سـواء كان رضـائيا او قضـائيا لابد من ان ينقضـي الالتزام القديم وينشأ التزام جديد ، ولكن في التجديد الضـروري هو نتيجة ضـــرورية لإحكام القانون وليس العقد بينما التجديد الاتفاقي يتم بشـــكل عقد ، وان التجديد الضـــروري تبقى الفوائد فيه على عكس التجديد الاتفاقي لا تبقى الفوائد فيه ، ويستمر سريان الشرط الجزائي في التجديد الضروري على خلاف التجديد الاتفاقي .

**ثانيا :-تأثير القانون الروماني على التجديد الضروري في القوانين الحديثة**

ان القانون الروماني له تأثير على القوانين الحديثة، وعلى الرغم من ان القوانين الحديثة لم تبين بصـورة واضـحة تمسـكها بفكرة التجديد الضروري في الخصومة القضائية من عدمها ، وإزاء ذلك اختلفت الآراء الفقهية من وجود التجديد الضروري من عدمه في الخصومة .

فمن قال بوجود التجديد الضـــروري، اختلف في كيفية ذلك ، فمن جهة حاول بعض الفقه التمســك بفكرة التجديد الضـــروري عن طريق وجود اتفاق ضمني لتجديد لالتزامات الاطراف ، فهناك اتفاق مقتضـاه على تنفيذ الحكم القضـائي الذي سيصـدر مستقبلا والذي سيحل هذا الحكم محل المستندات السابقة[2].

بينما يرى احد الفقهاء ان هناك تجديدين احدهما بواسطة الخصومة والاخر بواسطة الحكم[3] .

بينما يرى فقيه آخر ان هناك تجديد بواسطة الحكم فقط، و التجديد الذي حصل ادى لانقضـاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد ، بينما يرى فقيه آخر يتفق مع الفقيه السـابق في ان التجديد في الحكم ، ولكن هذا التجديد في الحكم لم يسـبب انقضـاء الالتزام السـابق بل يأكده ويقويه ، فمن الصـعب تصـور انقضـاء الالتزام القديم بل يقتصـر آثر التجديد على نشـوء التزاما جديدا ، فالأثر التجديدي ينشـأ حالة قانونية جديدة نتيجة الحكم [4].

1 )-د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية ،ط1، 2014 ،ص15 .

1

1-برودن ، موسوعة حق الانتفاع ، ص270 – ص271 اشار اليه د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص110 .

2-رويتر ، دروس في المرافعات المدنية الفرنسية ، باريس ، 1834 ، ص121 . اشار اليه –المرجع نفسه ، ص112 .

برودن ، المرجع السابق ، ص ،289 اشار اليه المرجع نفسه ، ص127 .[4]

وهناك من ينكر اي اثر للتجديد في الحكم القضائي ويبين رأيه انه لم يفكر القضاء اصلا بذلك فمن اين اتت فكرة الاثر التجديدي [5] .

**الفرع الثاني**

**التجديد الضروري في القوانين الحديثة**

لم ينكر الفقه الحديث التجديد الضروري ولكنهم لم يسلموا بشكل مطلق له فكانت لهما آراء مختلفة فيه سنبينها في فقرتين نتناول في اولها التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية ، وفي الفقرة الثانية التجديد الضروري نطاق المسؤولية التقصيرية.

**اولا :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية**

بين انصار هذا الرأي ان هلك شيء بفعل المدين تحول الالتزام من رد الشيء الهالك الى تعويض عن الضرر، فالتعويض التزام جديد حل محل الالتزام القديم المتنازع عليه ، وكذلك من ايد هذا الاتجاه بذكر تطبيقات اخرى مثل استحالة رد الشيء المعين بالذات بسبب المدين واستحال عليه رد الشيء المعين بالذات ترتبت عليه مسؤوليته بالتعويض .

ويرى بعض من الفقه ان التجديد يحدث وفق نظرية وحدة المسؤولية المدنية ،اي وحدة المسؤولية العقدية والتقصيرية ، فان استحال تنفيذ التزام عقدي بخطأ المدين فلا يمكن تطبيق احكام المسؤولية العقدية لانقضاء العقد ، بينما يمكن تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية فيكون هناك تعويض وفق المسؤولية التقصيرية ,والتجديد حدث هنا في المصدر اذ كان عقدا فتحول الى خطأ في المسؤولية التقصيرية، وتجديدا في المحل.

ويرى فقيه أخر ان هناك التزام محله قيام بعمل او امتناع عن عمل او إعطاء لم ينفذ هذا الالتزام، نشأ، عنه خطأ ترتب عليه التعويض ، فنحن امام التزامان ، اولهما الذي حدث به اخلالا ، والتزام بالتعويض وهذا الالتزامان لا يتعاصـــران انما يتتابعان ،وهذه فكرة التجديد الضروري [6] .

بينما يرى الفقيه كلسن وهو من انصار وحدة المسؤولية ان هناك تجديدان متعاقبان ، فهناك التزام اصلي بعدم الاضرار بالغير ، وهناك التزام بديل هو التزام بإصلاح الضرر وعند كلسن لا يعد هذا جزاء الاخلال انما التزام احتياطي يحل محل الالتزام الذي لم ينفذ ، فان لم ينفذ الالتزام البديل ( الاحتياطي ) ننتقل للجزاء وهو الالتزام الثالث وهو التنفيذ الجبري .

بينما انصار ازدواج المسئولية يرون ان التجديد الضروري يكون في المسئولية العقدية،

وذهبت محكمة النقض الفرنسية التي ترى ان في حالة الخطأ العادي ان هناك ازدواج بالمسؤولية فهناك التزام لم ينفذ مما ادى ان يكون هناك التزام اخر بالتعويض ،والحكم بالتعويض كاشف وليس منشئ، فالحكم القضائي لا يحول الالتزام الى التزام جديد ، والالتزام الذي يبنه الحكم القضائي مصدره ليس العقد بل مصدره عدم تنفيذ العقد ، اما ان كان الخطأ جسيم فيكون حكم منشئ على وحدة المسؤولية[7] .

**ثانيا :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية التقصيرية**

---

ميرلان ،الموسوعة العامة للقضاء ، ط5 ، ح2 ، التجديد ، ص 167 ، اشار اليه-د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، ص168 .

بلانبيول ، المرجع السابق ، فقرة 891 ، ص293 اشار اليه د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، ص98.[6]

2-نقض عرائض 2 ابريل 1941 اشار اليه المرجع نفسه ، ص 54 .

يرى الفقه ان في المسـؤولية التقصـيرية ثلاثة التزامات وتجديدين ، فهناك التزام بعدم الاضـرار بالغير ، والاخلال بهذا الالتزام ينشـئ التزام بإصـلاح الضـرر ، وهذا الالتزام من خلال الحكم يتحول الى التزام بدفع التعويض ، وان كان يوجد اتجاه في الفقه الى عدم الاعتداد بالالتزام الاول لان عدم الاضرار بالغير هو واجب قانوني ، ولذا فلا يوجد الا تجديد التزام واحد وهو ما يحدث بالحكم القضائي .

توجد توجهات فقهية مختلفة في بعض التفاصيل وان كانت تدور في فلك واحد وهو التجديد الضروري .

بينما توجد نظريات عدة تخالف ذاك ولا تر اثرا للتجديد الضروري في المسؤولية التقصيرية فتوجد النظرية التقليدية التي ترى ان الحكم القضائي كاشف لا منشئ .

وينكر الفقية ديجي ان التجديد الضـروري يكون في المسـؤولية التقصـيرية ، فقبل الحكم القضـائي لم يكن هناك حق حتى نقول ان الحكم القضـائي حوله الى حق آخر ، وكذلك يتفق الفقيه جوليو من حيث النتيجة مع ديجي من ان يجب التفرقة بين انشـاء الحق وتنفيذه ( سـيولته )،فلا يوجد الا التزام واحد والحكم القضائي يعطيه قوته ( سيولته )[8].

**المطلب الثاني**

**الحكم مصدر للالتزام**

ان الحكم القضـائي عندما يعدل الالتزام العقدي فهو يؤدي لانقضـائه و ينشا التزام جديد حل محل الالتزام القديم، عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين اولهما التعديل المنشئ للالتزام القضائي ، وفي الفرع الثاني الحكم المنشئ للالتزام .

**الفرع الاول**

**التعديل المنشئ للالتزام القضائي**

العقد يهدف الى تحقيق العدل ، فعندما يقوم القاضـــي بتعديل العقد من خلال الحكم فهو يســـتهدف الى اعادة تحقيق العدل ، والعلاقة بين القانون والعقد هي علاقة تدرج ، فالعقد هو المصـدر المباشـر للالتزام ، والقانون هو مصـدره غير المباشـر، واعتماد العقد على القانون لا يغير من طبيعة المنشـئة للالتزام ،والتدرج المقصـود ان هناك تناسـق وليس تنازع بين القانون والعقد ، والتناسـق مفترض فالعقد لابد ان يوافق القانون ، وعدم التنازع يكون بشكل واضح من خلال تفسير العقد وتكملة العقد و انقاص العقد والتكييف[9].

فالقاضـي عندما يفسـر العقد يقوم بالبحث عن الارادة المشـتركة للمتعاقدين، وبمعنى آخر ان القاضـي يحترم ارادة المتعاقدين، فلا يوجد اي تنازع في التفســـير بين العقد والقانون ، وكذلك في تكملة العقد ، وان كان القاضـــي يطبق القواعد المكملة والعادات الجارية ويراعي مبادئ العدالة ولكنه لا يوجد اي تنازع بين القانون والعقد ، فالالتزام الذي يكون عن طريق التكملة السابقة ولذا فلا يحل محل العقد شـيء ، بخلاف الحكم القضـائي وهو التزام يضـاف للالتزامات ،والالتزامات عن طريق التكملة انما يضـاف اليها بشـكل تبعي ، وكذلك في انقاص العقد ليس هناك تنازع بين العقد والقانون ، بل يبقى العقد سليما بعد ازالة الجزء غير السليم منه – الباطل – اي ان انقاص العقد يتم بإرادة الطرفين المتفقة مع القانون ،وكذلك التكييف ليس هناك تنازع بين العقد والقانون ، انما القاضي يعطي لإرادة الافراد اسمها الصحيح ويكون الامر متفقا مع القانون ،اي يكون وفق التدرج الطبيعي بين العقد والقانون.

1- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز فيشرح القانون المدني ، ج1،مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ، 1963 ، ص98 .

1-التفسير :- هو البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري ،1952 ، ص67 .

ما يقوم به القاضي هو تعديل الضروري ، اي يحل ارادته محل ارادة الطرفين ، والامر ليس له علاقة بالإرادة ، يقوم القاضي بالتعديل دون الرجوع لا طراف النزاع ، فالعقد الذي كان بين اطراف النزاع اصبح لا يحقق العدل المطلوب ، لذا على القاضي ان يقوم بالتعديل لحدوث نزاع بين القانون والعقد ، ولان استمرارية العقد تفترض عدم وجود تنازع بينه وبين القانون ، فان حدث تنازع بين العقد والقانون ، فهنا العقد يستغنى عنه ويختفي لصالح القانون .

**الفرع الثاني**

**فكرة الحكم المنشئ للالتزام**

ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام تشبه كثيرا فكرة العقد الموجه ، من حيث حصول تعديل في العقد ، فالقاضي يتدخل في العقد ويوجهه بمقتضى تحقيق العدل ، فعندما لا يحقق العقد العدل فانه ينقضي الالتزام العقدي ، بل اكثر من ذلك ان القاضي لا يقتصر دوره على انقضاء الالتزام العقدي بل يقيم بدلا عنه تنظيما جديدا ، اي ان الحكم القضائي يعد مجدد ومنشئ ومصدر للالتزام .

وتعديل العقد ينشئ التزاما جديدا هو الالتزام القضائي ، وهذه الفكرة المنطقية الطبيعية ، واضحة من ناحية التطبيق على الرغم من عدم تسليط الضوء عليها من قبل الفقه ،فما يحدث ان القاضي يقضي على الالتزام العقدي الاصلي وينشأ التزام آخر جديد لم يتفق عليه المتعاقدين.

ان الحكم القضائي يجدد مصدر الالتزام ( السبب المنشىء )، فكان مصدر الالتزام السابق هو العقد فتحول الى الحكم القضائي وهذا ما يميز التجديد الضروري ، ان تغير المصدر يستتبعه تغيرا في المحل الالتزام او تغير في اوصافه .

ان القاضي عندما يقوم بالتجديد القضائي فلابد ان يكون بتفويض من القانون بمصادره المختلفة ، اي ان التعديل القضائي يكون بتفويض من المشرع، والقاضي يتصرف هنا بإرادة حرة حتى يكون تدخل القاضي خالقا ومنشئا للالتزام ، فالقاضي يقوم بتجسيد العدالة باستبدال وسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى[10] .

**المطلب الثالث**

**تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره**

سنقسم هذا المطلب الى فرعين اولهما تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وثانيهما تحليل وآثر الحكم المنشئ للالتزام.

**الفرع الاول**

**تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام**

يمكن القول ان ما يجمع فكرة تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام هو الغبن بمعناه الواسع، ونقصد بالمعنى الواسع عدم التعادل بين الالتزامات ، والغبن اما ان يكون مصاحبا لابرام العقد او يطرأ ما بعد العقد .

فالغبن المعاصر للعقد يوجد في الاستغلال ، ونقصد بالغبن ، هو الغبن الفاحش ( الغبن الجسيم) ، ولكي نعلم انه غبن فاحش من عدمه يوجد معيار نص عليه القانون، او معيار تقويم المقومين ، وفي بعض القوانين مثل القانون المدني المصري للقاضي سلطة تقديرية بين الابطال وبين تعديل العقد ، فالقاضي يجيز العقد بدءا ثم يعدل فيه ، ومقدار تعديل القاضي في الغبن الفاحش بمقدار ما يقتضيه العدل ، اي

1- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، 2000 . ، ص 646 .

ان القاضـي ينشـأ التزامات جديدة ، وفي القانون المدني العراقي للقاضـي سـلطة في رفع الغبن الى الحد المعقول ، والحد المعقول تعود تقديرها للقاضي [11].

وفي القانون المدني المصـري للقاضـي التدخل في أجر الوكالة وكذلك في القانون المدني العراقي([12] ) يخضـع لتقدير المحكمة، وهذا ما ذهب اليه القضـاء الفرنسـي في قرار لها (( فان المحاكم تختص بتعديل اجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسـب مع الخدمة التي أداها ...))( [13]) ، فللقاضـي سـلطة في تحديد الاجر العادل ، فهنا تحل ارادة القاضـي محل ارادة المتعاقدين .للقاضـي في عقد الاذعان سـلطة تقديرية في تعديل الشـروط التعسـفية في العقد ، وذلك وفق ما تفتضـيه العدالة ، ويقع باطلا كل التزام مخالف لذلك ، وبتعديل عقد الاذعان المنطوي على غبن ، فان القاضي يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا([14] ) .

اما الغبن الطارئ بعد العقد ،فسـلطة القاضـي في نظرية الظروف الطارئة تعد منشـئة للالتزام القضـائي ، فالقاضـي بعد الموازنة بين مصـلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، حسـب تعبير القانون المدني المصـري ، او تنقص الالتزام الى الحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

**الفرع الثاني**

**تحليل وآثر الحكم المنشئ للالتزام**

لا يكاد يخفى ان التشـريع هو المصـدر الاول للقانون سـواء في العراق او في مصـر او في فرنسـا ، وكما هو معلوم ان هناك نقص في التشريع سواء كان النقص في حالة السكوت الكامل في التشريع او حتى مع وجود حكم عام في التشريع في بعض الحالات الخاصة ، وكما يعبر احد الفقهاء ان النقص صفة ملازمة بالقاعدة التشريعية[15].

ورغم وضـوح النقص في التشريع واتفاقه مع طبيعة الاشياء وتبيان ذلك من فلاسفة وفقهاء القانون مثل- ارسطو وديجي -الا انه وجد من ينكر ذلك بادعاء كمال التشريع وبتبريرات غير مقنعة ، ولعل الرد الاقوى بوجود النقص في التشريع بما نصت عليه القوانين بشكل او بآخر من وجود فكرة النقص في التشريع [16].

ان مبدأ الفصـل بين السـلطات هو من المبادئ المهمة المسـتقرة في الاذهان ، وهذا المبدأ يفترض وجود فصـل بين السـلطات ولكن ليس تاما فهناك تعاون بين هذه السلطات ، وتنسيقا بينها، فالقضاء وان كانت وظيفته الاساسية في تطبيق القانون ، ووظيفة المشرع الاصلية خلق القانون ، ولكن القضـاء قد يخلق قاعدة قانونية اما بتكملة التشريع الناقص، او بتعديل القانون عن طريق التفسير ، ولكن ليس باعتباره حكما فرديا في نزاع ما ، ولكن بتكرار ذلك في احكام آخرى يخلق قاعدة عامة قضـائية ، وليس هناك ما يمنع من ان يعد القضـاء مصـدرا رسميا

---

1-انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي .

-انظر نص المادة 709 من القانون المدني المصري ، والمادة 940 من القانون المدني العراقي .[12]

-نقض مدني فرنسي في 29 يناير 1867 اشار اليه د. سمير تناغو ، ص132 .[13]

4-- د. حسن علي ذنون ، المبسوط في القانون المدني – الضرر ،دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 ، ص156.

- روبيه ، الحق والمراكز القانونية ، ص407 .[15]

2-ينظر نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي والمصري وكذلك المادة الرابعة من -

القانون الفرنسي والمادة 30 من قانون المرافعات العراقي .

للقانون ، بل ان القواعد القانونية الجديدة أكثرها من خلق القضـــاء ،فالقضـــاء يخلق التزامات قضـــائية بتفويض من القانون ، ولعل شـــرط التفويض من القانون هو شرط مشترك لكافة الالتزامات الاخرى .

ان الحكم القضائي يتحلل لعنصرين هما معاينة وقرار ، والمعاينة هي ادخال مسالة معروضة بقاعدة من قواعد القانون ، اما القرار فهو إخضاع المسالة للحل الخاص بهذه القاعدة ، فان كان القضاء يملك سلطة تقديرية في المعاينة ، اي التحقق من وقوع الواقعة ، وكذلك يملك ســلطة تقديرية واســعة في اتخاذ القرار ومضــمونه ، فلو افترضــنا مثلاً بنظرية الظروف الطارئة ، فالمعاينة تكون بالتحقق من وجود الظروف الاستثنائية ، وللقضاء سلطة تقديرية في ذلك ، وفي اتخاذ القرار وفي مضمونه له سلطة تقديرية في رد الالتزام المرهق للحد المعقول او نقص الالتزام للحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي .

فالقضاء ان وجد حقا موجودا فله ان يعدل منه طبقا لقواعد العدالة ،فالعقد لا يستمد وجوده من ارادة المتعاقدين بل من تحقيق العدل ، فان لم يحقق ذلك فقد العقد قوته وينبغي ان يعدل من قبل القضـــاء الذي ينهي الالتزام العقدي ويخلق التزاما جديدا ، فبذلك يكون حكم القضـــاء مجددا ومنشئاً ومصدر للالتزام .

**المبحث الثاني**

**مناقشة فكرة الحكم المنشيء للالتزام**

ان مناقشتنا لهذه الفكرة لعل معظمها من افكارنا وبعضها من الاخرين ، فكان لابد من فرض فرضيات المعارضة والتأييد ثم الترجيح

سنقسم هذا المبحث الاول الى ثلاثة مطالب نتناول في اولها الاتجاه المؤيد للحكم المنشـيء للالتزتم ، ونكرس في ثانيهما الاتجاه المعارض للحكم المنشيء للالتزام ، ونبين في ثالثهما ترجيح فكرة الحكم المنشيء للالتزام .

**المطلب الاول**

**الاتجاه المؤيد لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام**

ان مصادر الالتزام قد مرت بمراحل تاريخية وتطورت الى ان وصلت الى ماهي عليه من مصادر الالتزام الخمسة ، وكما بينا سلفا ان الارادة المنفردة هي آخر مصدر اضيف لمصادر الالتزام ، وان الارادة المنفردة في القانون المدني العراقي لا تنشأ التزاما الا في الحالات التي بينها القانون فقد نصـــت المادة 184 فـ1 على ان **(( لا تلزم الارادة المنفردة صـــاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك ))**، فعلى الرغم من دور الارادة المنفردة كمصـــدر لنشـــوء التزامات الا ان القانون عده مصـــدراً في حالات محددة ، وكذلك ذهب الفقه ان الارادة المنفردة تنشأ التزامات في حالات محددة .

فان كان للإرادة المنفردة هذا الدور في حالات معينة حددها بالقانون وعدت مصـــدرا للالتزام، فيمكن القول بان الحكم القضـــائي ينشـــأ التزاما وبالأخص ان دوره اوسع في انشاء الالتزام من الارادة المنفردة، وان كان الفقه انشأ مصدرا جديدا اضيف للمصادر الاربعة السابقة فان بإمكان الفقه ان ينشأ مصدرا سادسا وسابعا .

ان محور الموضـــوع هو بوجود التزامات جديدة لا يمكن ردها لأي مصـــدر من مصـــادر الالتزام لا العقد ولا غيره، فلو اخذنا بعض التطبيقات لاتضـح لنا وجود التزام دون وجود مصـــدر، فمثلا اتفاق المحامي مع موكله بالطعن في قرار الحكم في الدعوى ( [17])، ومضـــي المدة القانونية المطلوبة للطعن ولم يقم المحامي بالطعن في الدعوى، مما ادى لضياع حقوق موكله ، فهنا التزام المحامي العقدي هو القيام بعمل وهو الطعن بقرار الحكم في الدعوى ، وعند حدوث النزاع القضـائي بين المحامي وموكله ،تبين للمحكمة ان محل الالتزام كان القيام بعمل وقد استحال تنفيذه نتيجة ان رفع الدعوى تكون لمدة محددة وقد فاتت المدة بتقصير من المحامي ، وسبب هذه الاستحالة المدين نفسه ،فقررت المحكمة الزام المحامي بتعويض موكله وفق المسؤولية التقصيرية ، لان العقد لا يمكن تنفيذه لاستحالة التنفيذ ، فهنا قد نشأ التزام آخر يختلف عن الالتزام الاصـــلي فالالتزام الاصـــلي هو قيام المحامي بعمل وهو رفع الدعوى وما حل محله التزام اخر وهو دفع المحامي التعويض لعدم القيام بتنفيذ التزامه، فنحن امام التزامان ، اولهما الذي حدث به اخلالا ، والتزام آخر بالتعويض حل محل الالتزام الاصـلي ، وهذين الالتزامين لا يتعاصـران انما يتتابعان ،وهنا فكرة التجديد الضـروري موجودة في هذا التطبيق ،وقد اختلف في مصـدر الالتزام من

1- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ،المرجع السابق ، ص151 .

العقد الى العمل غير المشروع، فهنا الحكم القضائي قد انشأ التزامات غير متفق عليها بين المتعاقدين، وغَير مصدر الالتزام من مصدر الالتزام السابق وهو العقد الى الحكم القضائي وبتفويض من المشرع.

فلو اردنا ان نبين كيف نشأ التزام التعويض مع ان الالتزام الاصلي هو القيام بعمل ، نجد ان العقد قد انشأ التزاما بالقيام بعمل هو الطعن بقرار الحكم بالدعوى، ولكن القضاء ابدل الالتزام المستحيل تنفيذه الى التزام آخر وهو التعويض الذي لم يتفق عليه المتعاقدان ، وهنا الالتزام الجديد مصدره ليس العقد ، بل ان العقد انقضى لاستحالة التنفيذ ، و نشأ التزاما آخر مترتبا عن المسؤولية التقصيرية وهو التعويض.

ولو اخذنا تطبيقا آخر وهو الحكم القضائي في نظرية الظروف الطارئة ،لوجدنا ان الالتزام الاصلي ورد في عقد مثل عقد التوريد ونتيجة ظرف استثنائي عام غير متوقع عند ابرام العقد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا ، مما ادى الى عدم امكانية التنفيذ بالشروط السابقة ،فتطلب الامر تغييرا بالالتزامات لوجود غبن بالمفهوم الواسع وتتطلب ذلك تدخل القضاء لإعادة التوازن برفع الارهاق وفق السلطة التقديرية للقضاء ( [18])، فيغير القاضي التزامات المتعاقدين الى نحو يحقق فيها العدالة ، وهذه الالتزامات الجديدة لا يمكن ردها للعقد لان العقد لم ينص عليها، ولم يتفق عليها المتعاقدان ، ولا لمصادر الالتزام الاخرى من ارادة منفردة او عمل غير مشروع او الكسب دون سبب، فلذا لابد ان الحكم القضائي هو الذي انشأ الالتزامات الجديدة ، فان القضاء ملزم في البت بالدعاوى التي ينظرفيها[19].

ان المشرع في القانون المدني العراقي اعطى للقاضي سلطة تقديرية في رفع الغبن في الاستغلال( [20])، وذلك بإضافة التزامات او انقاص التزامات، اي ان القاضي قد انشأ التزامات جديدة لم تكن موجودة ، قبل حدوث الغبن، وبمعنى آخر ان القضاء بإضافة وانقاص الالتزامات يعد مصدرا لنشوء الالتزامات ، وكذلك فعل المشرع في القانون المدني المصري حيث اعطى للقضاء سلطة تقديرية بين ابطال العقد او انقاص الالتزامات ( [21]) .

وما تقدم من التزامات حكم بها القضاء لا نجد لها مصدرا لا العقد ولا غيره من المصادر، بل لا يلتفت فيها لإرادة الاطراف وانما التزامات ترجع للحكم القضائي .

بل ان رأي في الفقه يذهب ان القانون لا يعد حقيقة مصدر مباشرا للالتزامات، وانما يكون له دور المنظم لهذه الالتزامات ، فدور القانون موجه عام للأشخاص يفرض عليهم واجب عام هو احترام الحقوق وعدم الاعتداء عليها، وواجب على الاشخاص اداء ما عليهم من التزامات في مواجهة الاخرين[22]، وخير دليل على رأيهم ان وجود النص لقانوني لا يعني وجود الالتزام مالم توجد عوامل آخرى ، فدور القانون اشبه بدور الشرط الذي يتفاعل مع عوامل آخرى لإحداث أثر([23]) .

بل يرى البعض ان الحكم القضائي يكسب الملكية ، فالتعهد بنقل ملكية عقار وفق القانون المدني العراقي لا يمكن تصور التنفيذ العيني فيه ،بل يقتصر الامر على التعويض وفق المادة 1127 وبعد صدور قراري مجلس قيادة الثورة المنحل 1198 لسنة 1977 والقرار 1426 لسنة1983 اصبح بالإمكان التنفيذ العيني الجبري، والذي اعطى سلطة تقديرية للقضاء في تمليك عقار بشروط معينة، فالقضاء هو الذي جعل مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري مالكا لا بموجب العقد، فالعقد يعد باطلا وانما بحكم القضاء، الذي يعد مصدرا

---

1-يمكن تعريف السلطة التقديرية بانها (( النشاط الذهني الذي ر يقوم به القاضي في اطار - الدعوى المعروضة عليه والذي يستطيع من خلاله ان ينشأ حقوق مالية لاحد اطراف الدعوى...)) انظر ، د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام،احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ص 160 .

-ينظر المادة 30 من قانون المرافعات العراقي .[19] -

3-د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ،من دون ذكر لمطبعى ومكان الطبع ، 1957،ص78 .

4 - انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي والمادة 129 من القانون المدني المصري.

1- د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017،ص412 .

لكسب الملكية، وكذلك في القانون المدني المصري وان كان عقد بيع العقار غير المسجل لا يعد باطلا ولكنه لا يرتب اثره من حيث نقل الملكية، ولكن من خلال رفع دعوتي صحة التوقيع وصحة التعاقد يقوم الحكم مقام العقد، فالقضاء هو من رتب التزام نقل الملكية.

**المطلب الثاني**

**الاتجاه الرافض لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام**

بعد تسليط الضوء على فكرة الفقيه الدكتور سمير تناغو من وجود حكم قضائي منشئ للالتزام قائم على فكرة التجديد الضروري التي نوهنا اليها سابقا وبينا استدلالاته الفقهية المؤيدة لتلك الفكرة .

والمتصفح لفكرة التجديد الضروري يجدها فكرة رومانية المنشئ والتطبيق، ولم تبين التشريعات الحديثة تأييدها لهذه الفكرة، و ولو سلمنا بفكرة د. سمير تناغو من ان الحكم القضائي ينشأ التزاما بناءً على فكرة التجديد الضروري ، فان أكثر الالتزامات ستنشأ من مصدرين وهما اما العقد او الحكم القضائي ، فالمخاصمة التي تحدث امام القضاء ستيغير مصدر الالتزام مما يجعل الحكم القضائي مصدراً لها ، ومما يؤدي هذا القول الى التنازل عن المصادر الاخرى ، وهذا ما لا يمكن قبوله ، لان المصدر هو الذي ينشأ الالتزام ومالحكم القضائي الا وسيلة لتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ رضائيا، [24] .

ان فكرة الفقيه الدكتور تناغو من اعتبار الحكم القضائي منشئا للالتزام مشروطة بتعديل الالتزامات السابقة، اي انه يوجد التزام سابق وقد تم تعديله بالحكم القضائي وانشأ التزاما جديدا مصدره الاخير ، بينما نجد ان مصادر الالتزام- التقليدية - اوجدت التزامات جديدة لم تكن موجودة ،وشتان مابين الاثنين ،بين التزامات جديدة ،وما بين التزام جرى عليه التعديل ، ولو قبلنا بالفكرة من ان الحكم القضائي ينشأ التزامات لوجدنا صاحب هذه الفكرة بّين ان مصدر الالتزام لابد ان يتغير، ويتغير تبعا لذلك محله ووصفه ، ولو رجعنا للتطبيقات التي ذكرت خلال البحث، لوجدنا مثلا ان مصدر الالتزام يتغير وفق فكرة تناغو فمثلا ان استحال تنفيذ العقد بخطأ المدين فيقوم القضاء بتغيير المصدر ، وينشأ بذلك التزام جديد بمصدر جديد، ولكن لو تتبعنا حقيقة الامر لوجدنا ان مصدر الالتزام لم يتغير فالعقد مازال مصدرا لهذه الالتزامات الجديدة.

ان الفقيه تناغو قد ابدى من خلال فكرته ان الحكم القضائي لا ينشأ التزام الا بتفويض من المشرع ، اي ان الحكم القضائي لا ينشأ التزام من العدم انما لابد من نص قانوني يجيز للقضاء انشاء هذه الالتزامات ،والمتفحص للتطبيقات التي تم ذكرها نجد ان تفويض المشرع لوحده لا يكفي لإنشاء التزامات من قبل القضاء، فلابد من تفويض آخر من قبل ارادة الاطراف المتنازعة التي طلبت من القضاء التدخل وتعديل الالتزامات السابقة([25]).

ان الفقيه تناغو بين ان حكم القضاء لا يكون مصدرا للقاعدة القانونية الا في حالة التكرار ،والمتحصل مما تقدم يجد ان التكرار هومن يجعل الحكم القضائي مصدرا، وهذا القول فضلا عن غرابته ، لا نعلم كيف نطبقه من الناحية العملية ، فكم عدد الاحكام القضائية التي لابد ان تصدر حتى نعد الحكم القضائي مصدرا للقاعدة القانونية.

**المطلب الثالث**

**ترجيح فكرة الحكم المنشيء للالتزام**

ان الافكار الجديدة تواجه نقدا عنيفا حتى تستقر ،ولو افترضنا اننا في زمن الفقيه الروماني (مودستان) لانتقدناه باضافة مصدر جديد للالتزام ، وبقراءة متمعنة لفكرة د. سمير تناغو محاولين معرفة الحقيقة وليس غير الحقيقة مطلبنا ، فلو يممنا وجهتنا نحو الحكم القضائي المنشيء للالتزام وناقشنا مضمون الفكرة باعتبار الحكم القضائي مصدرا سادسا للالتزام .

---

[24]. د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، ص126 .

[25]. د. محمد سليمان الاحمد ، المرجع نفسه ، ص415 .

سنناقش الفكرة من خلال امرين اولهما الجانب النظري للفكرة وثانيهما الجانب العملي لها.

بنى الدكتور سمير تناغو فكرته على التجديد الضروري ، وعلى الرغم من ذكر الفقه المؤيد لفكرة التجديد الضروري ولكننا لم نجد الا تأييدا للفكرة بصورة عامة دون الخوض في التفاصيل ، فلا نعلم ما هي فكرة د. سمير تناغو بصورة جلية للتجديد الضروري حتى نقف على ارض خصباء ، ومع ذلك يمكننا القول ان التجديد الضروري هو حلول التزام محل التزام آخر، مثل ما اشرنا اليه في القول فيما مضى وكما بينا سابقا ان الالتزام الجديد الذي ينشئه الحكم القضائي نقدي وبالتفاصيل التي ذكرناها سابقا ، ولكن مع ذلك وجدنا اراء فقهية يذكرها الدكتور تناغو مناقضة للتجديد الضروري دون بيانه موافقته او مخالفته لها ، وكأنه ترك الامر لنا في ان نجتهد فيها ، ولعل غموض الفكرة وعدم معرفة حدودها جعل الدكتور تناغو ان يستعرض الآراء الفقهية دون مناقشة عميقة لها ، ولعل السؤال الاهم هل يوجد تجديد ضروري في الامر، ويستتبع هذا السؤال سؤال آخر هل انقضى الالتزام السابق ام لم ينقض وهل نشأ التزام جديد فعلا وما هو مصدره ان نشأ .

بينا سابقا ان القوانين الحديثة لم تبين أخذها بالتجديد الضروري وان التجديد الضروري موجود في القانون الروماني ،ولو اراد المشرع في تلك القوانين الحديثة الاخذ بالتجديد الضروري لنص عليها كما فعل بالنص على التجديد الرضائي، ولا يمكن للمشرع اغفال مالا يجوز اغفاله.

ولكننا بإمكاننا الدفاع عن فكرة التجديد الضروري بالقول انها بمثابة تبرير لوجود التزام جديد حل محل التزام قديم ، فقواعد القانون لا تسعفنا بالإجابة عن نشوء التزام جديد حل محل الالتزام القديم مالم نركن الى التجديد الضروري ، ولو افترضنا جدلاً ان هناك تجديد ضروري فهل ان الالتزام السابق انقضى فعلا ،ان اسباب انقضاء الالتزام اما ان تكون وفاء او بما يعادل الوفاء او بدون وفاء ولا بما يعادل الوفاء، اما الاخلال بالالتزام فلا يعد وسيلة لانقضاء الالتزام ، فقد يؤكد حكم القضاء على تنفيذ الالتزام نفسه، وحتى وان ابدل القضاء الالتزام بالتزام أخر وفق نص قانوني لا نكون بالضرورة امام تجديد للالتزام الا اذا تبدل المصدر وتبعه تغيرا في المحل او الوصف، ونجد غالبية الفقه يقطعون ان وجد إخلالا بالعقد ونشأ عنه التزاما جديداً لا يغير من اعتبار العقد – ان كان هو مصدر الالتزام - مصدرا للالتزامات الجديدة ، وبما تقدم من القول ينخرم أحد شروط التجديد الضروري من تبدل المصدر، ولكن الدكتور سمير تناغوا لم يساير فكرة تغير المصدر الى النهاية لان بعض تطبيقاته لنشوء التزامات لم يشترط فيها ذلك.

ان ما سرده الدكتور سمير تناغو من أدلة تبين وجود مصدر- مخفي- للالتزام، ورغم وجاهة حججه للوهلة الاولى الا اننا لم نجد ضالتنا في هذه الحجج، فيمكن ان نسجل عدة مواقف على فكرته .

ففي فكرة التعديل الضروري ، نجد ان اساس الفكرة مبنية على تحقيق العدل ، فالقضاء يجري تعديلا ضروريا على الالتزامات ساعيا لتحقيق العدل واعادة التوازن بين طرفي الخصومة للتخلص من الغبن الذي وقع فيه احد اطرافه.

ولو وضعنا هذه الفكرة تحت مطرقة النقد لتبين لنا ان القضاء يسعى دائما لتحقيق العدل سواء كان الحكم منشئا للالتزام اوان الحكم غير منشئ للالتزام، وكذلك ليس بالضرورة وجود الغبن لكي نكون امام حكم منشيء للالتزام ، واحيانا لا نكون امام وجود غبن في الخصومة المعروضة امام القضاء مثل التعويض وفق المسؤولية التقصيرية ، فعلى الرغم من ان الدكتور سمير تناغو يعد التعويض وفق المسؤولية التقصيرية من تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام الا ان هذا التطبيق لا يوجد فيه غبن، ولا يوجد فيه السلطة التقديرية للقاضي .

ولو سايرنا الدكتور تناغو في فكرته فكأننا نعد كثيرا من الاحكام القضائية منشئة للالتزام، وهذا القول جدا خطير اذ نستبدل مصدره الحقيقي بمصدر آخر بحجة وجود حكم قضائي ، ولو صح ذلك وهو لا يصح لااختزلنا دور المصادر الاخرى للالتزام على حساب الحكم القضائي .

لقد حاول دكتور سمير تناغو من تأييد فكرته بالقول بوجود نقص تشريعي، ولم نجد صلة بين النقص التشريعي وحلول التزام بدل التزام آخر ، كما ان ما ذكره من مبدأ الفصل بين السلطات لم نجد له علاقته بينه وبين و الحكم القضائي المنشئ للالتزام .

ولابد من الاشارة الى بعض التطبيقات التي طوعها الدكتور سمير تناغو لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ليتبين لنا حقيقة الامر ، فمثلا في نظرية الظروف الطارئة للقاضي سلطة تقديرية في اعادة التوازن ورفع الغبن الذي لحق احد طرفي العقد ، ويبدو للوهلة الاولى ان حكم القضاء قد انشأ التزام بديل الالتزام الاصلي، ولا يتم ذلك الا بالقول ان الحكم القضائي هو من انشأ الالتزامات الجديدة وفق السلطة التقديرية للقاضي ، ولو تمعنا في هذا التطبيق لوجدنا ان العقد مازال ساريا كمصدر للالتزام لم يتغير قبل تدخل القضاء ولم يتغير بعد تدخل القضاء ، وكل ما هنالك وجد القضاء التزاما عده مرهقا وغير عادل اقتضى تعديله ،وهذا التعديل لا يغير من طبيعة المصدر ، فالقانون هو من اجاز تعديل العقد وماحكم القضاء الا تنفيذا لما نص عليه القانون .

ولابد من تسليط الضوء على موقف القانون من هذه الالتزامات الجديدة، فالقانون مصدرا اما مباشرا او غير مباشرا، وبصرف النظر عما قيل من ان القانون له دور غير مباشر ، ولكن لا يخفى ان له دور مباشر في انشاء الالتزامات مثل التزامات الجوار والنفقة،

فالقانون هو من يلزم الاب بالنفقة على ابنه الصغير وما الحكم القضائي الا وسيلة تسهيل تنفيذ ما لزم به القانون ، مع ان الحكم القضائي يتدخل في تحديد مقدار النفقة ، ولكن لم يقل أحد ان الحكم القضائي هو الذي ينشأ التزام بالنفقة بل القانون ، وما قيل هناك يقال هنا مع الفارق ،ففي نظرية الظروف الطارئة لا يمكن القول بان القانون انشأ الالتزام بانقاص التزامات الى الحد المعقول فورا ، انما القانون اعطى السلطة التقديرية للقضاء ان ينقص الالتزامات الى الحد المعقول ،فكل ما في الامر ان القضاء انقص التزاما موجودا بنص القانون متوافر شروطه ولكن فرض هذا الالتزام وتقديره موكل للقضاء في ذلك ، ولا يختلف هذا عن القول بان القانون الزم الاب بنفقة الصغير ولكن فرض النفقة وتقديرها عائد للقضاء ، وان كان القضاء له دور أكبر في فرض الالتزامات في نظرية الظروف الطارئة ، فالأمر يتعلق بالتطبيقين السابقين بايهما دور القضاء اوسع مدى ،ولا يمكن القول بان لولا الحكم القضائي لم ينشأ التزام ، فأنشاء الالتزام شيء ، وتنفيذه شيء آخر ولا يمكن الخلط بينهما ، فالعقد او القانون هو الذي ينشئ التزام ولكن الحكم القضائي هو الذي يقدر توافر الشروط وتقدير ذلك وتنفيذه، ولا يخفى ان كل ذلك موكول بوجود طلب من احد اطراف العلاقة القانونية .

والحقيقة ان الفيصل في معرفة وجود حكم منشئ للالتزام هو بدور القانون كمصدر للالتزام ، وقد بينا سلفا ان هناك من ذكر ان القانون ليس مصدرا انما موجه للالتزامات ، ودوره دور الشرط ، فلا يكفي لوحده بإنتاج الالتزامات، ولكن يرد على هذا القول ان بقية المصادر كذلك تحتاج لامور اخرى حتى تنشأ التزاما ، فالعقد ان لم يضف القانون له قوة الانشاء لا ينشأ التزامات ، ونشير في هذا المجال الى من قال ان القانون لايعد مصدرا وانما موجها ، اراد بذلك الاضفاء على الحكم القضائي القوة المنشئة للالتزام ، لان لو ابقينا على القانون كمصدر مباشرا لنسبنا هذه الالتزامات الجديدة الى القانون لا الى الحكم القضائي ان لم نجد مصدرا أخرا للالتزامات الجديدة ، فيتبين مما تقدم ان دور الحكم القضائي ليس اكثر من وسيلة تساعد الخصوم على الحصول على حقوقهم فالقضاء وسيلة لتنفيذ الالتزامات وليس مصدرا لها .

ويتحصل لدينا مما تقدم ان الالتزامات الجديدة في نظرية الظروف الطارئة نص عليها القانون ، اما دور القضاء في هذا التطبيق هو البحث عن توافر الشروط وعن كيفية رفع الارهاق ،اي ان دور القضاء تكميلي لدور القانون ، وحتى السلطة التقديرية التي عدَها د. سمير تناغو من احد شروط نشوء الحكم القضائي ليست حكرا في القانون المدني بل ان القانون الجنائي فيه السلطة التقديرية اكبر، ولم يقل احد ان القاضي الجنائي يخلق عقوبة اوجريمة من عنده وكيف يفعل ذلك وهو محكوم بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص .

**الخاتمة**

**1--ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام نجد تبريرها في التجديد الضروري بحلول التزام بدلا من التزام آخر.**

**2- ان القضاء يجري تعديل ضروري في الالتزامات الظالمة بإبدالها بالتزامات آخرى عادلة.**

**3- فكرة الحكم المنشئ للالتزام يشترط بها وجود الغبن بمعناه الواسع وان تكون هناك سلطة تقديرية للقضاء ، ومع ذلك وجدنا في تطبيقات التعويض في المسؤولية التقصيرية لا وجود للغبن ولا السلطة التقديرية ،وقد عد انصار الحكم المنشئ من تطبيقاتها .**

**4- يرى اصحاب الاتجاه الموافق للحكم المنشئ للالتزام ، ان الحكم القضائي ينشأ الحقوق الشخصية والحقوق العينية .**

**5- يرى اصحاب الاتجاه المعارض ان الحكم المنشئ للالتزام لا يمكنه انشاء التزامات ، وما ينشئ الالتزام اما القانون او المصادر الاخرى للالتزام .**

**6-نرى ان الحكم القضائي لايعد مصدر للالتزام بل انه وسيلة لتفيذ الالتزامات .**

**المراجع**

**اولا- الكتب القانونية :-**

1--د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية ،ط1، 2014 .

2- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، 2000 .

3-، شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري ،1952.

4- د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017.

5-- د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام،احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005

**6-**د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ،من دون ذكر لمطبعى ومكان الطبع ، 1957 **.**

**7-** د. حسن علي ذنون ، المبسوط في القانون المدني – الضرر ،دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 **.**

**8-** د. صلاح الدين الناهي ،الوجيز في نظرية العامة للالتزامات ،من دون ذكر للمطبعة، بغداد ، 1959 **.**

**9-** د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز فيشرح القانون المدني ، ج1،مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ،بغداد ، 1963 .

**ثانيا -القوانين :**

1- قانون السجل العيني المصري رفم 142 لسنة 1964 .

2- قانون المدني المصري رقم 31 1لسنة 1948

3-قانون المدني العراقي 41 لسنة 1951 .

4-قراري مجلس قيادة الثورة المنحل 1198 لسنة 1977 المعدل ب1426 لسنة 1983 .